

A limitação temporal do segredo do processo relativamente ao arguido

O pós- Acórdão nº 428/08 do Tribunal Constitucional

SUMÁRIO

1. O Acórdão nº 428/08, de 12 de Agosto, do Tribunal Constitucional	1
2. O sentido da decisão	3
2.1. A dúvida fundamental	3
2.2. Análise enquadrada no juízo indiciário final?	4
2.3. Análise <i>ad hoc</i> ?	7
2.4. Outras dúvidas suscitadas pela decisão	10
3. Os <i>obiter dicta</i> do Acórdão	12
3.1. A distinção entre <i>obiter dictum</i> e <i>ratio decidendi</i>	12
3.2. O primeiro <i>obiter dictum</i> : sobre o princípio geral a que deve estar subordinado o inquérito	13
3.3. O segundo <i>obiter dictum</i> : sobre o segredo para tutela dos interesses da investigação	15
4. O artigo 89º, nº 6, do CPP no contexto da revisão de 2007	19
4.1. Introdução	19
4.2. O art. 89º, nº 6, do CPP na revisão de 2007	19
4.3. O art. 89º, nº 6, do CPP e o controle jurisdicional da questão publicidade e do segredo de justiça	21
4.4. Aplicação analógica da restrição do art. 194º, nº 4, al. b), do CPP?	24
5. A limitação temporal do segredo interno do processo como garantia de defesa	26
5.1. O segredo de justiça em relação ao arguido como restrição do seu direito de defesa	26
5.2. Os limites materiais do segredo relativamente ao arguido	28
5.3. Os limites temporais do segredo relativamente ao arguido como garantia de defesa	29
5.4. Os limites temporais do segredo perante o arguido e a estruturação da fase preparatória do processo	30
6. O problema da adequação dos prazos estabelecidos para acesso do arguido aos autos	35

1. O Acórdão nº 428/08, de 12 de Agosto, do Tribunal Constitucional

I. No meio da polémica instalada sobre o novo regime do segredo de justiça, foi publicado o Acórdão nº 428/08 do Tribunal Constitucional, que versa sobre a questão do acesso do arguido aos autos, nos termos do artigo 89º, nº 6, do CPP.

Dispõe este que, estando o processo sujeito a segredo de justiça (em relação ao público em geral), findos os prazos de inquérito, o arguido, o assistente e o ofendido “podem consultar todos os elementos de processo”. No entanto, nem sempre esse acesso imediato no final dos prazos de inquérito tem lugar. Assim, de acordo com a mesma disposição, a requerimento do Ministério Público, o juiz de instrução pode determinar que o acesso aos autos seja adiado por um período máximo de três meses. E, além disso, estando em causa crimes de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, esse prazo de três meses ainda pode ser prorrogado, embora por uma só vez.

Ora o Tribunal Constitucional decidiu que esta disposição, pelo menos em determinada interpretação, é inconstitucional, por violação do art. 20º, nº 3, da Constituição, que estabelece que “a lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça”. Assim, seria inconstitucional a interpretação segundo a qual *“é permitida e não pode ser recusada ao arguido, antes do encerramento do inquérito a que foi aplicado o segredo de justiça, a consulta irrestrita de todos os elementos do processo, neles incluindo dados relativos à reserva da vida privada de outras pessoas, abrangendo elementos bancários e fiscais sujeitos a segredo profissional, sem que tenha sido concluída a sua análise em termos de poder ser apreciado o seu relevo e utilização como prova, ou, pelo contrário, a sua destruição ou devolução, nos termos do n.º 7 do artigo 86.º do Código de Processo”*.

II. Numa primeira abordagem a esta decisão, seguramente complexa e multifacetada, importa, antes de mais, atentar no problema de constitucionalidade que nele é formalmente colocado e resolvido, o qual, como o próprio acórdão reitera, é bastante limitado: *«no presente caso, tal como a questão de constitucionalidade foi definida, dos valores constitucionais de que [o instituto do segredo de justiça] é instrumento, apenas está em causa a protecção de direitos de outras pessoas, diferentes do requerente do acesso aos autos»* e não *“a apreciação de juízos de*

inconstitucionalidade com alcance mais vasto, que a doutrina tem dirigido ao novo regime da publicidade do inquérito”.

Sob essa perspectiva, a um primeiro olhar, a solução encontrada, parece constituir – e terá sido esse certamente o espírito que animou o Tribunal Constitucional – um sensato veto a uma solução radical perante uma tarefa à partida identificada como de concordância prática e, nessa medida, uma prudente e compreensível exigência de ponderação dos vários bens em presença: o direito de defesa do arguido, por um lado, e a reserva da vida privada de terceiros, por outro.

No entanto, a uma análise um pouco mais profunda, ela revela-se altamente problemática.

2. O sentido da decisão

2.1. A dúvida fundamental

Logo quanto ao sentido da decisão.

Ela veda o acesso irrestrito aos autos enquanto não tiver sido “concluída a sua análise em termos de poder ser apreciado o seu relevo e utilização como prova, ou, pelo contrário, a sua destruição ou devolução, nos termos do n.º 7 do artigo 86.º do Código de Processo”.

Mas o que quer isso dizer exactamente?

O n.º 7 do artigo 86º dispõe que “a publicidade [do processo] não abrange os dados relativos à reserva da vida privada que não constituam meios de prova. A autoridade judiciária específica, por despacho, oficiosamente ou a requerimento, os elementos relativamente aos quais se mantém o segredo de justiça, ordenando, se for caso disso, a sua destruição ou que sejam entregues à pessoa a quem disserem respeito”.

Esta disposição legal não se aplica directamente ao acesso do arguido aos autos em segredo de justiça, mas antes ao problema diverso do acesso do

público em geral (incluindo os meios de comunicação social) aos autos quando o processo deixa de estar em segredo de justiça. O Acórdão considera, assim, que a Constituição impõe uma aplicação analógica de uma disposição legal a caso nela não previsto.

O Cons. BENJAMIM RODRIGUES, no seu bem tirado voto de vencido, partindo da própria jurisprudência constitucional, questionou acutilantemente a decisão sob o aspecto da relação entre as funções do Tribunal Constitucional e a função legislativa (questão particularmente sensível num caso em que a própria Constituição remete para a lei ordinária).

Mas, independentemente dessa questão, o ponto é este: a decisão fala de uma *“análise em termos de poder ser apreciado o seu relevo e utilização como prova, ou, pelo contrário, a sua destruição ou devolução, nos termos do n.º 7 do artigo 86.º do Código de Processo”*. Mas já não é expressa quanto a saber de que tipo de análise se trata nem quando e em que termos deve ela ser levada a cabo.

O esclarecimento da questão impõe, naturalmente, que se ponderem as duas alternativas possíveis de interpretação: ou se está a falar de uma análise autónoma, realizada *ad hoc*, para o efeito da decisão sobre o acesso do arguido aos autos; ou se entende que se trata de uma apreciação sem autonomia e que vai co-envolvida no juízo indiciário final do inquérito sobre a existência de indiciação suficiente (cfr. arts. 277º, nºs 1 e 2, e 283º, nºs 1 e 2, do CPP).

2.2. Análise enquadrada no juízo indiciário final?

I. O Cons. BENJAMIM RODRIGUES receia que se imponha esta última interpretação.

Daí que escreva que *“com a solução ditada pelo acórdão, a maioria estendeu o segredo de justiça por tempo indeterminado”*: *“enquanto não for concluída a análise dos elementos «bancários e fiscais», «em termos de poder ser apreciado o seu relevo e utilização como prova, ou, pelo contrário, a sua*



destruição ou devolução, nos termos do art.º 86.º, n.º 7, do CPP», o segredo relativo a esses elementos e documentos mantém-se: no mínimo até à dedução da acusação e, no limite, até à extinção por prescrição do procedimento criminal”.

E não é caso para menos. Ou não constasse da decisão a afirmação de que, perante a situação legislativa anterior, *“o carácter predominantemente secreto da fase do inquérito não obstava [...] como os citados autores sublinham e a jurisprudência deste Tribunal proclamou, ao acesso do arguido aos elementos de prova sempre que tal acesso se mostrasse necessário para a eficácia da defesa dos seus direitos nessa fase, designadamente para contraditar – e, sendo caso, impugnar – a necessidade da aplicação de medidas de coacção, nomeadamente a sujeição a prisão preventiva”*. E, do mesmo modo a de que, *“no presente caso, não está em causa o acesso do arguido a elementos constantes do processo que sejam necessários para a adequada defesa dos seus direitos, designadamente para contrariar ou impugnar a aplicação de medidas de coacção, hipótese em que a jurisprudência deste Tribunal tem considerado não ser oponível o segredo de justiça, mesmo durante o decurso normal do prazo do inquérito (o que obteve consagração nos n.ºs 1 e 2 do artigo 89.º e no n.º 4, alínea d), do artigo 141.º do CP)”*.

Parece, assim, perdido de vista o direito de defesa como direito de participação activa no processo, por parte de um arguido que é um sujeito com voz activa no diálogo processual, para se assistir ao alarmante regresso do arguido que, verdadeiramente, durante o inquérito, é objecto e não sujeito do processo. A afirmação constante do Acórdão de que os interesses do requerente de acesso – não se esqueça: o arguido – *“podem ser alcançados em termos substantivos, em momento ulterior”* (supõe-se que depois de encerrado o inquérito, naturalmente mediante a dedução da acusação) não pode ser mais ilustrativa.

II. No entanto, não é esta a melhor interpretação.



O Cons. BENJAMIM RODRIGUES aponta logo duas razões substanciais para a excluir.

Por um lado, se a análise de que se está a falar correspondesse ou fosse co-envolvida na apreciação final sobre a indicição, a decisão cifrar-se-ia em admitir que a Constituição “impõe que o segredo tenha de perdurar *por todo o tempo que pode ter na prática a fase do inquérito*, até porque a definição do «tempo legal» foi deixada ao legislador ordinário”. Quer dizer, pressupor-se-ia que a Constituição *impõe* uma duração indeterminada para o segredo como a *impõe* para o próprio inquérito. Supõe-se que é claro que uma tal interpretação é que traduziria um fundamentalismo (pró-investigação), a todas as luzes, desproporcionado e contrário ao pensamento fundamental de concordância prática de que arranca o Acórdão.

Por outro lado, a restrição dos sigilos em questão (e, neles e por eles, da reserva da vida privada) não surge misteriosamente apenas no momento do acesso do arguido aos autos. Já a decisão recorrida tinha assinalado que “o acesso [aos elementos bancários e fiscais] e sua junção aos autos resulta precisamente da circunstância de os mesmos não estarem abrangidos [pelo sigilo bancário e fiscal], ou então, os mesmos terem sido quebrados, tendo em conta o preceituado no artigo 135.º e seguintes do CPP”. Assim, como acrescenta o Cons. BENJAMIM RODRIGUES, “a possível lesão da intimidade da vida privada decorre, essencialmente, não directa e imediatamente, da actividade processual do arguido (a sua consulta nos autos) mas da actividade anterior de investigação”. E o certo é que, à partida, se impõe “que o titular da investigação criminal nem sequer incorpore no processo, e os destrua ou devolva à pessoa a que digam respeito, os elementos que não tenham aptidão para servir de meios de prova”. Ora, conclui: “não se vê que interesses constitucionalmente protegidos, realizada que foi determinada acção de investigação a coberto da prossecução dos interesses da justiça criminal, imponham que continue a ser constitucionalmente subtraída ao arguido, ainda



no momento assinalado pelo art.º 89.º, n.º 6, do CPP, a possibilidade de logo os conhecer, dado que tal não deixa de corresponder a uma simples antecipação, em caso de dedução de acusação”.

A esta luz, do que na realidade se trataria, se o sentido da decisão fosse o apontado, seria de pouco menos do que farisaísmo: as autoridades judiciais poderiam quebrar amplamente o segredo, juntando e mantendo nos autos dados relativos à reserva da vida privada sem terem ideias claras, até ao momento do encerramento do inquérito, quanto à sua relevância probatória e, não obstante isso, – ou melhor, justamente por causa disso –, o arguido veria os seus direitos de acesso ao processo limitados.

2.3. Análise *ad hoc*?

Mas há, além disso, razões positivas para preferir a outra interpretação atrás apontada, ou seja, a de que se está a referir uma análise autónoma, realizada *ad hoc*, para o efeito da decisão sobre o acesso do arguido aos autos.

Antes de mais, é ela que decorre da apontada aplicação analógica pois a decisão que o artigo 86º, nº 7, do CPP impõe às autoridades judiciais não se confunde com o juízo indiciário relativo ao inquérito. Não só este determina expressamente que sobre a questão deve recair um despacho próprio, como, tanto no momento em que surgiu a disposição, como actualmente, parece claro que esse despacho deve ser imediatamente prévio à publicidade do processo e, caso seja anterior ao momento do juízo indiciário final, não tem de – nem pode – esperar por ele. Assim, na redacção de 1998, o processo era público a partir do recebimento do requerimento de instrução do arguido, se a instrução fosse requerida apenas por ele e ele, no requerimento, não declarasse que se opunha à publicidade (art. 86º, nº 1, II parte). Nestas condições, o juiz não podia adiar a análise em causa para o momento da pronúncia. De imediato, ou, pelo menos, quando lhe fosse requerida a consulta dos autos por terceiros, tinha de fazer o

juízo sobre os dados relativos à reserva da vida privada a que se refere o art. 86º, nº 7, do CPP. Por seu turno, na actual redacção, isso ainda é mais claro, uma vez que o problema nela resolvido pode surgir durante o inquérito, quer porque este é público desde o início (art. 86º, nº 1, do CPP), quer porque ele foi sujeito a segredo de justiça, entretanto levantado (art. 86º, nºs 4 e 5, do CPP).

É bom de ver, portanto, que a análise imposta no art. 86º, nº 7, do CPP não se confunde com o juízo indiciário conclusivo do inquérito e não pode ser atrasada até esse momento. Assim sendo, de uma aplicação analógica da disposição ao acesso do arguido aos autos nos termos do art. 89º, nº 6, do CPP não poderá nunca resultar coisa diferente.

Por outro lado, esta interpretação é também a única que bate minimamente certo com o travejamento geral da questão. Na verdade, a junção aos autos de dados relativos à reserva da vida privada que não constituam meios de prova não é normal. Pode até dizer-se uma dupla anomalia. Primeiramente, a investigação penal não é uma devassa geral, mas a investigação de uma notícia dum crime. “O inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação” (art. 262º, nº 1, CPP). O que não tem relevo para esse efeito não tem nada a fazer nos autos. O juízo de relevância probatória, portanto, tem de subjazer logo à busca, recolha e junção aos autos dos meios de prova, como salienta o Cons. BENJAMIM RODRIGUES. A investigação criminal não tem justificação – nem legitimação – *a se*. Em segundo lugar, quando, ainda por cima, estão em causa dados relativos à reserva da vida privada, um direito fundamental (cuja importância resulta cada vez mais crucial), essa exigência geral convola-se em ditame constitucional pela exigência de proporcionalidade. É por isso que o Código acautela sempre o juízo concreto sobre a relevância probatória de tais dados e, por vezes, o juízo adicional sobre a proporcionalidade da limitação da reserva da vida privada envolvida na sua



recolha, junção e utilização nos autos. Basta pensar nos regimes do interrogatório de testemunha obrigada a sigilo profissional (art. 135º) ou de funcionário (art. 136º), das buscas em escritório de advogado ou consultório médico (art. 177º, nºs 5 e 6), das apreensões de correspondência (cfr. art. 179º, nº 3, CPP), das apreensões em escritório de advogado ou em consultório médico (art. 180º, nº 3, CPP), das apreensões de documentos na posse de pessoa obrigada a segredo profissional ou de funcionário (art. 182º, nºs 1 e 2, CPP) e das escutas telefónicas (art. 188º CPP) e similares (art. 189º CPP).

Segue-se daqui que a situação de estarem juntos aos autos dados relativos à reserva da vida privada de terceiras pessoas que não constituem meios de prova corresponde a uma situação derivada ou de uma junção de meios de prova que não foi acompanhada, por qualquer razão (que pode ir desde prosaicos mas inultrapassáveis imperativos de ordem prática até à evitável violação dos ditames da proporcionalidade), do necessário juízo de relevância probatória, ou do facto de a evolução da investigação ter demonstrado a irrelevância probatória de elementos que, à partida, se mostravam relevantes. Que a possibilidade de existência de tais situações possa impor uma análise de relevância prévia à consulta dos autos pelo arguido ainda se compreende; que ela possa legitimar o impedimento do acesso do arguido aos autos em questão até ao final do inquérito é que já não pode aceitar-se.

Poderá, no entanto, objectar-se que, não estando ainda concluído o inquérito, pode ser difícil à autoridade judiciária afirmar a irrelevância probatória de determinados elementos relativos à reserva da vida privada de pessoas que não o arguido. É verdade. Mas não menos o é que isso sucede em relação a todo e qualquer meio de prova que se encontre junto ao processo no inquérito: nada garante, nesse momento, que venha a ser relevante, seja para a acusação, seja para o arquivamento. No entanto, desde que, ainda que eventual ou provisoriamente, se não possa afirmar que tais elementos não constituem meios de prova, não está legitimada a exclusão da publicidade e, sobretudo, não



está legitimada a recusa de acesso do arguido a tais elementos. É que, para todos os efeitos, tais elementos permanecem no processo como elementos relevantes para a prova da imputação, tanto para efeitos de investigação, como para efeitos de defesa. Se não se pode negar que constituam meios de prova na perspectiva da investigação, também não se pode negá-lo na perspectiva da defesa, pois o arguido tem o direito de se pronunciar sobre eles exactamente porque e na medida em que a investigação admite a sua relevância. Por isso, não é legítima a exclusão do acesso do arguido a tais elementos.

Em suma, não parece haver dúvida sobre a interpretação preferível acerca daquilo que resulta da aplicação analógica que o Tribunal Constitucional vê imposta pela Constituição: a exigência de uma análise autónoma sobre a relevância probatória dos dados relativos à reserva da vida privada de terceiros, imediatamente prévia à consulta dos autos pelo arguido.

2.4. Outras dúvidas suscitadas pela decisão

Ainda assim, não se pode concluir a análise do sentido da decisão sem se acrescentar que, mesmo interpretando-a neste sentido, não ficam resolvidos todos os problemas envolvidos na aplicação analógica do art. 86º, nº 7, do CPP postulada, como imperativo constitucional, pelo Tribunal Constitucional.

Por um lado, tendo em conta a possibilidade aberta exactamente pelo art. 89º, nº 6, do CPP, de adiamento do acesso aos autos por um período máximo de três meses (ainda por cima, prorrogável nos casos mais complexos), pergunta-se se realmente se compreende e justifica um outro adiamento do acesso para concluir a análise da relevância probatória dos elementos relativos à reserva da vida privada de terceiros. Uma vez que a lei não limita os fundamentos possíveis para o adiamento previsto no art. 89º, nº 6, do CPP, constituindo este como que um prazo de segurança ou um espaço de manobra dado pelo legislador para conclusão de tudo quanto for necessário ou conveniente antes



do acesso do arguido e do assistente, é evidente que também pode servir para realizar ou concluir a análise da relevância probatória dos elementos relativos à reserva da vida privada de terceiros juntos aos autos. E, assim sendo, não se vê que ela possa deixar de estar concluída nesse momento. Aliás, de outra forma, não estando previsto qualquer prazo para conclusão dessa análise (a não ser que se considere aplicável o prazo geral de 10 dias), corre-se o risco de frustrar, na prática, o cumprimento do prazo estabelecido no artigo 89º, nº 6, do CPP: ter-se-ia condicionado o acesso aos autos ao cumprimento de uma análise especial que, não tendo limites temporais determinados, se poderia estender indefinidamente...

Por outro lado, suscita-se a questão de saber se as autoridades judiciais poderão proceder, sem contraditório, à eliminação ou restituição dos dados relativos à reserva da vida privada de terceiros, uma vez que a defesa pode muito bem considerar esses elementos relevantes, quanto mais não seja, para enquadramento e contextualização dos meios de prova que são mantidos no processo. No domínio específico das escutas, a questão deu origem, na vigência da legislação anterior, a jurisprudência constitucional desencontrada e nada consensual¹. A recente reforma legislativa pretendeu resolvê-la, permitindo, sem prévia audição, a destruição de elementos “*manifestamente estranhos ao processo*” em situações contadas (cfr. art. 188º, nº 7, do CPP). Será que, em geral, nem mesmo esta limitação (aliás, de constitucionalidade controvertida²) se aplica?

Contas feitas, fica o receio de que a aplicação analógica que o Acórdão encontrou imposta na Constituição acabe por suscitar mais problemas do que aquele que pretendeu resolver.

¹ Tenham-se presentes, por exemplo, os Acórdãos nº 660/60, de 28 de Novembro, 450/07 e 451/07, de 18 de Setembro e, por outro lado, o Acórdão nº 70/2008, de 31 de Janeiro.

² Cfr., por exemplo, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, 2ª ed., Lisboa, UCE, 2008, art. 188º, n. 9, pp. 517-518.



3. Os *obiter dicta* do Acórdão

3.1. A distinção entre *obiter dictum* e *ratio decidendi*

Obiter dictum (literalmente, qualquer coisa como “dito de caminho” ou “de passagem”) é uma afirmação que consta de uma decisão, sobre matéria que não é essencial para o respectivo sentido e que não constitui, por isso, a sua razão fundamentante (*ratio decidendi*).

A distinção entre os *dicta* e as *rationes decidendi* é extraordinariamente relevante nos países onde vigora a regra do precedente (*stare decisis et non quia movere*), pois que os primeiros não são vinculativos.

Mas, mesmo entre nós, embora não vigore a regra do precedente, a importância da distinção de significado e, portanto, de relevância entre ambos foi sendo revelada, ao longo dos anos, justamente, pela jurisprudência do Tribunal Constitucional.

Assim, num recurso com fundamento na recusa de aplicação de qualquer norma, com fundamento em inconstitucionalidade (art. 70.º, n.º 1, al. a), da Lei do Tribunal Constitucional), “só pode dizer-se que a decisão da questão de inconstitucionalidade é susceptível de influir na decisão do processo de onde emerge o recurso, se a decisão recorrida assentou (ou assentou também) no julgamento de inconstitucionalidade nela feito. Se o julgamento de ilegitimidade constitucional da norma é, na decisão recorrida, um mero *obiter dictum* (e não uma sua *ratio decidendi*); se tal julgamento foi emitido — não por se mostrar necessário para a decisão proferida —, mas como argumento *ad ostentationem*, então, não existe interesse processual capaz de justificar que se vá decidir essa questão de constitucionalidade, pois, num tal caso, seja qual for o



sentido da decisão que sobre ela recaia, sempre a decisão do processo de onde emerge o recurso se manterá inalterada" (Ac. nº 76/91, de 10 de Abril³).

Por seu turno, e em relação ao recursos interpostos com fundamento na aplicação de norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo (art. 70.º, n.º 1, al. b), da Lei do Tribunal Constitucional), "é necessário que a norma impugnada tenha constituído verdadeiramente a *ratio decidendi* dessa mesma decisão - não sendo, pois, suficiente que a questão de inconstitucionalidade tenha sido nela tratada como mero *obiter dictum* (cfr. Acórdão nº 364/96, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 33º vol., págs. 489 e segs.) ou como simples argumento *ad ostentationem* (cfr. Acórdão nº 206/92, *Diário da República*, II Série, de 12 de Setembro de 1992)" (Ac. nº 674/99, de 15 de Dezembro). E a explicação para este facto reside ainda na falta de interesse processual: "em nada aproveitaria [ao recorrente] uma declaração de inconstitucionalidade que não afectasse as normas cuja aplicação determinou o sentido da decisão recorrida" (Ac. nº 157/00, de 22 de Março).

Esta jurisprudência - e a correlação entre *obiter dictum* e interesse processual que ela traça - parece um bom pano de fundo para a abordagem aos dois assinaláveis *obiter dicta* com que conta o Acórdão nº 428/08.

3.2. O primeiro *obiter dictum*: sobre o princípio geral a que deve estar subordinado o inquérito

I. Apesar de afirmar, como já se referiu, que "*no presente caso [...] não está em causa a apreciação de juízos de inconstitucionalidade com alcance mais vasto, que a doutrina tem dirigido ao novo regime da publicidade do inquérito*", o Acórdão não se impede de se pronunciar sobre essas questões.

³ Mais recentemente, entre muitos, cfr. Acórdãos nºs 100/2008, de 19 de Fevereiro, e 382/2008, de 22 de Julho.



Procede a uma ampla exposição geral do “quadro legal, jurisprudencial e doutrinal” da questão geral da publicidade do processo e do segredo de justiça (nº 2.1.), não evitando afirmações, nem sempre claras quanto a saber se se trata de mera informação doutrinária ou se o Tribunal Constitucional nelas se revê, no sentido de que, durante o inquérito, tem um “predomínio típico”, é “dominante”, “sempre foi entendimento que [...] se impunha” (embora não de forma absoluta) o “princípio do segredo de justiça” (ou a “derrogação ao princípio da publicidade”).

Em seguida, expõe com pormenor os trabalhos preparatórios da recente reforma na matéria (nº 2.2), para apontar a “drástica subversão da regra «natural»” do carácter secreto do inquérito surgida na fase final do processo legislativo: *“Foi só no decurso na discussão e votação, na especialidade, [das iniciativas legislativas apresentadas no âmbito da revisão do processo penal], a cargo de um grupo de trabalho constituído no seio da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, e especificamente na reunião final da Comissão, realizada em 18 de Julho de 2007, que foram apresentadas as propostas de alteração aos artigos 86.º e 89.º do CPP que acabariam por ser aprovadas, e que representaram uma alteração radical – para a qual o relatório da referida Comissão (DAR, II Série-A, n.º 117, de 23 de Julho de 2007, p. 18) não fornece qualquer indicação que permita compreender a sua justificação (Tendo sido requerida a avocação pelo Plenário da votação, na especialidade, do artigo 86.º, cf. a parte correspondente do debate, a pp. 51 a 54, e da votação, a p. 56, do DAR, I Série, n.º 108, de 20 de Julho de 2007)”*. Não ficaram, igualmente, por referir as “perplexidades” suscitadas nos intérpretes e aplicadores do direito perante tal alteração.

II. A pergunta a que não se pode escapar após a leitura desta parte do Acórdão é a de saber qual a utilidade de todos estes desenvolvimentos numa decisão relativa a um processo sujeito a segredo de justiça e não a publicidade e em que, portanto, a questão em discussão não era a de saber se era legítima ou



não a sujeição de um inquérito a publicidade (externa), mas antes, e pelo contrário, a dos limites do segredo interno perante o arguido quando este vigora. Se é verdade que a respeito dos ambos os problemas se pode falar, e fala, de segredo de justiça (externo, num caso, interno no outro), não menos verdade é que se trata de duas questões diferentes. E, por outro lado, se, na recente reforma, se afastou a tal regra “natural” de segredo de justiça (externo e interno), o certo é que era justamente esta última regra que estava a ser observada no inquérito em causa: este estava em segredo de justiça, não tendo sofrido as consequências da “drástica subversão” imputada à recente reforma legislativa. Esta não foi aplicada ao caso concreto *sub judice*. E não tem, mesmo, qualquer relação material com ela: do facto de se discordar ou mesmo considerar constitucionalmente objectável que vigore no inquérito, em geral, um princípio de publicidade⁴ (aliás, limitado, uma vez que pode ser afastado para tutela dos interesses da investigação ou dos direitos dos sujeitos ou participantes processuais – arts. 86º, nºs 2 a 4, do CPP) poderá retirar-se algum argumento para que, nos processos sujeitos excepcionalmente a segredo de justiça, se considere total ou parcialmente ilimitado esse segredo em relação ao arguido?

3.3. O segundo *obiter dictum*: sobre o segredo para tutela dos interesses da investigação

I. Um outro *obiter dictum*, porventura menos claro, mas não menos importante, é de apontar no Acórdão nº 428/08.

Pode ler-se nele que do que se trata é de apreciar se o critério normativo utilizado no despacho recorrido “*satisfaz o requisito da adequação, constitucionalmente exigida pelo n.º 3 do artigo 20.º da CRP, da protecção do segredo de*

⁴ Cfr., todavia, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II, 4ª ed., Lisboa/S. Paulo, 2008, pp. 26 ss..



justiça, tendo presente que, no presente caso, tal como a questão de constitucionalidade foi definida, dos valores constitucionais de que este instituto é instrumento, apenas está em causa a protecção de direitos de outras pessoas, diferentes do requerente do acesso aos autos”.

E, no entanto, não falta no aresto a ponderação de limitações do segredo de justiça para salvaguardar a protecção de outros direitos ou “interesses”. Ela é logo inerente à ponderação da questão no âmbito da reflexão sobre o princípio geral a adoptar no inquérito. Continua, depois, na aproximação à interpretação do art. 89º, nº 6, através das amplas citações de COSTA PINTO – que defende uma restrição do art. 86º, nº 9, do CPP análoga à constante dos arts. 194º, nº 4, al. b), do CPP, em atenção a interesses diferentes daqueles que estavam em causa no processo, com destaque para a eficácia da investigação: *“numa leitura articulada materialmente com o interesse público inerente à investigação criminal, o artigo 89.º, n.º 6, do CPP não pode permitir o acesso automático aos autos sempre que tal possa pôr gravemente em causa a investigação, se a sua revelação impossibilitar a descoberta da verdade ou se a sua revelação criar perigo para a vida, integridade física ou psíquica ou para a liberdade dos participantes processuais ou vítimas do crime”*. E, mesmo depois de se fazer a observação acima transcrita sobre a restrição do objecto do recurso, é justamente às necessidades da investigação respeita o primeiro argumento usado na fase decisiva do acórdão: *“Não se nega que subjacente ao regime do n.º 6 do artigo 89.º do CPP está a preocupação compreensível de proteger os arguidos (e outros intervenientes processuais) de demoras excessivas na conclusão dos inquéritos, mas também não se pode ignorar que, muitas vezes, especialmente na criminalidade económica, a rápida conclusão do inquérito não depende exclusivamente da diligência do seu titular, o Ministério Público, por tal implicar a actividade de terceiras entidades (relatórios periciais, cartas rogatórias para outros países, etc.)”*.

Não custa, por isso, a compreender a observação final do Cons. BENJAMIN RODRIGUES, de acordo com a qual, “a pretexto de garantir um conteúdo mínimo ao segredo de justiça, a maioria acabou por conceder uma



protecção *máxima* (de tipo absoluto) ao princípio da investigação criminal, durante a fase do inquérito, com detrimento da eficácia e eficiência da garantia constitucional de que o processo criminal assegura (no tempo adequado) todas as garantias de defesa ao arguido (art.º 32.º, n.º 1, da CRP)”.

II. Pode, porventura, alegar-se que este *dictum* é mais compreensível do que o primeiro, uma vez que se trata de apontar outros possíveis fundamentos para a limitação do acesso do arguido aos autos, para além daquele que está em causa na decisão recorrida, e, nessa medida, aparentemente numa posição paralela ou análoga.

No entanto, e em contrapartida, a intensa controvérsia e multiforme litigância, de que os próprios *mass media* dão conta, impunham todo o possível cuidado na adequação da fundamentação à decisão.

O Supremo Tribunal dos Estados Unidos afirmou, não há muito, a respeito dos *obiter dicta*, que “é uma máxima que não deve desconsiderada que expressões gerais, em qualquer opinião, são para ser tomadas em conexão com o caso no qual tais expressões são usadas. Se vão para além desse caso, podem ser respeitadas, mas não devem controlar o julgamento numa acção posterior quando exactamente o ponto (*the very point*) é apresentado para decisão”⁵. E a razão é simples e clara e pode formular-se assim: uma apreciação a título incidental nunca equivale a uma apreciação a título principal. Numa apreciação de uma questão a título incidental não está garantida, nem aquela directa relação com o concreto e singular caso *decidendum* que convoca o seu problema jurídico na plenitude do seu sentido e alcance e, ao mesmo tempo, da sua efectiva e real relevância jurídica, nem, ainda que tenha sido posto cuidado no

⁵ *Central Va. Community College v. Katz*, 546 U. S. 5 (2006): “It is a maxim not to be disregarded, that general expressions, in every opinion, are to be taken in connection with the case in which those expressions are used. If they go beyond the case, they may be respected, but ought not to control the judgment in a subsequent suit when the very point is presented for decision”.



seu esclarecimento, aquela directa origem, legitimação e iluminação numa discussão contraditória por quem está materialmente legitimado a intervir no processo que caracterizam o conhecimento a título principal e que são condições da sua aceitabilidade pela comunidade jurídica. A legislação processual, sedimento que é de multissecular experiência, dá, aliás, boa conta disto quando, por princípio, não permite a formação de caso julgado fora do processo nem mesmo relativamente à decisão das questões prejudiciais (que, ao contrário do que sucede com os *obiter dicta*, é necessário resolver para decidir a questão principal). Estas são, por princípio, apenas resolvidas *incidenter tantum* (cfr. art. 97º, nº 2, II parte, do CPC, aplicável também, subsidiariamente, ao processo penal⁶).

Isto não é – não pode ser – relevante apenas *a posteriori*, para quem, de uma maneira ou outra, trabalha já sobre uma decisão já proferida. A máxima de que o Supremo americano fala impõe-se, antes de mais, na própria elaboração das decisões. E quantas vezes, na verdade, o Tribunal Constitucional não evita prudentemente alargamentos – ainda que aparentemente naturais – da solução da questão *sub judice* a outras questões?⁷

Quando um tribunal não se limita rigorosamente a decidir o que está para decisão, deixando rigorosamente questões diversas – ainda que conexas – para o momento e a sede em que elas vierem a ser colocadas, se realmente

⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, I, 5ª ed., Lisboa/S. Paulo, 2008, p. 121.

⁷ Entre muitos, pode apontar-se, pela analogia fornecida pelo facto de também se estar perante um problema generalizável, a questão da aplicação do *in dubio pro reo* a outros processos sancionatórios, a respeito da qual o Tribunal Constitucional – e bem – não hesitou em evitar *obiter dicta* precipitados relativamente a outras garantias do processo criminal, esclarecendo que discorria “mesmo deixando de parte a questão de saber que tipo de garantias do processo criminal, para além das expressamente previstas no n.º 10 do art.º 32º da CRP – dos direitos de audiência e de defesa –, serão extensíveis aos demais processos sancionatórios dentre as enunciadas nos números anteriores do mesmo artigo” (Acórdão nº 269/2003, de 27 de Maio, nº 8).



vierem a ser colocadas, na sede e nos termos em que o forem, assume sempre um risco: o risco de, ao analisar as referidas questões a título principal, vir a atingir uma visão problemática mais rica, porque vivificada pelo caso concreto e porque de horizontes rasgados pelo contraditório, que não lhe permita já ater-se ao que antes disse. A consciência metodológica ímpar que o Tribunal Constitucional tem demonstrado nestas matérias autoriza, porém, a convicção de que, para usar das expressivas palavras do Supremo Tribunal americano, ele saberá não deixar meros *obiter dicta* anteriores controlar o julgamento do *the very point*.

4. O artigo 89º, nº 6, do CPP no contexto da revisão de 2007

4.1. Introdução

A norma que foi aplicada nos autos foi a do art. 89º, nº 6, do CPP e – se quisermos oferecer um contributo positivo para a discussão da questão – é sobre ela que importa reflectir.

E a primeira pergunta a fazer é esta: terá ela sofrido, directa ou indirectamente, uma alteração radical no decorrer da recente reforma que, de uma maneira ou outra, lhe tenha alterado o sentido ou diminuído a justificação?

4.2. O art. 89º, nº 6, do CPP na revisão de 2007

Já no Anteprojecto da Unidade de Missão Para a Reforma Penal, de 25 de Julho de 2006, se previa a inclusão no art. 89º de um novo nº 5, que rezava assim: “findos os prazos previstos no artigo 276.º, o arguido, o assistente e o ofendido podem consultar todos os elementos do processo, salvo se o juiz de instrução determinar, a requerimento do Ministério Público, que o acesso aos autos seja adiado por um período máximo de 3 meses”. Essa inovação era, aliás,



referida expressamente no relatório do Anteprojecto, que assinalava o carácter “máximo e improrrogável” do período de 3 meses.

Exactamente o mesmo, sob ambos os aspectos, se passava com a Proposta de Lei nº 109-X, com a única diferença de que a disposição passava a constar do nº 6 do mesmo art. 89º.

A única alteração que sofreu em fase posterior dos trabalhos preparatórios foi a superação do carácter improrrogável do prazo, pois acrescentou-se um inciso de acordo com o qual, estando em causa crimes de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, o prazo de três meses pode ser prorrogado, embora por uma só vez⁸.

⁸ A génese do preceito confirma para além de toda a dúvida possível a correcção da interpretação avançada e bem fundamentada justamente no acórdão da Relação de Guimarães de 14 de Abril de 2008 proferido nos presentes autos e que se encontra publicado *in* www.dgsi.pt (Processo nº 360/08-2). Aliás, para além do que adiante se dirá acerca da exigência de limites temporais ao segredo de justiça, assinale-se que, bem vistas as coisas, o próprio funcionamento do regime estabelecido no art. 89º, nº 6, impõe inquestionavelmente essa conclusão. À uma, não faria sentido que, nos processos por crimes de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada (tal como nos restantes), o juiz, à partida, só pudesse determinar um adiamento até três meses, mas, na prorrogação, já estivesse liberto de limites temporais: por que razão não se poderia proceder da mesma forma logo no primeiro adiamento? Depois, ficaria sem sentido a limitação da prorrogação a uma só vez, como bem se assinala no citado acórdão. É que de duas uma: se o juiz pudesse prorrogar o prazo por tempo ilimitado, o limite seria manifestamente inútil, pois que desnecessária seria qualquer outra prorrogação; mas se não for assim e se o juiz tivesse de estabelecer um prazo certo para a prorrogação, a limitação a uma só prorrogação seria incongruente e contraproducente: incongruente, porque, no termo do prazo, poderia ainda não estar concluída a investigação (com o que o fim principal da prorrogação se perderia); contraproducente, porque, para além de tender a provocar o efeito perverso da marcação de prazos mais longos que o necessário ao abrigo duma previsível “jurisprudência das cautelas”, seria, em última análise, uma disposição destinada a *evitar* um acompanhamento judicial da justificação da prorrogação dos prazos. “Nenhum sentido faria – como afirma a Relação de Guimarães – vedar a possibilidade do juiz, a todo o tempo, ir fixando sucessivos prazos, ir fiscalizando se continua a justificar-se em



Verifica-se, portanto, que, neste contexto específico, não se deu qualquer “subversão”. Muito ao contrário: a alteração que foi introduzida deu-se em sentido oposto àquela que o Acórdão qualificou como tal, pois admitiu uma extensão do segredo perante o arguido para além dos limites marcados na Proposta. A nenhuma relevância da subversão apontada à fase final da reforma para o sentido e alcance do artigo 86º, nº 9, do CPP – que era disposição cuja interpretação estava em jogo no processo – não podia ser mais patente.

4.3. O art. 89º, nº 6, do CPP e o controle jurisdicional da questão publicidade e do segredo de justiça

Por outro lado, relativamente ao enquadramento do art. 89º, nº 6, escreve COSTA PINTO, que o Acórdão cita: “a solução do artigo 89.º, n.º 6, foi construída [no Anteprojecto e na Proposta de Lei] num contexto em que o Ministério Público decidia unilateralmente e sem controlo judicial do acesso ao processo, que ficaria em segredo de justiça enquanto o titular do inquérito não encerrasse esta fase processual. Portanto, o regime foi pensado para evitar um prolongamento excessivo do segredo de justiça dependente em todos os aspectos de uma única entidade – o que significava para o arguido a manutenção desse estatuto e para o assistente a ignorância do que estaria a ser feito, por força do regime de acesso aos autos. Ora, o regime mudou radicalmente com as alterações do Parlamento, pelo que a sua função estabilizadora dos diversos interesses em potencial

concreto a prorrogação”. Em suma, na lógica do seu funcionamento, a limitação a uma só prorrogação, bem vistas as coisas, acaba por pressupor implicitamente a identidade do prazo máximo da prorrogação. Assim, em todos os processos a lei admite um primeiro adiamento por um período a determinar, mas que não pode ser superior a três meses; nos referidos processos, esse prazo pode ser prorrogado por um prazo objectivamente indispensável à conclusão da investigação, mas nunca superior a 3 meses.



conflito se encontra agora perdida e em risco de ser adulterada. No contexto da nova regulação do segredo de justiça e do acesso aos autos, matéria sujeita a um intenso controlo judicial, o regime do artigo 89.º, n.º 6, do CPP é razoavelmente desnecessário e gera mais problemas do que aqueles que resolve, podendo facilmente ser convertido num instrumento de boicote à investigação criminal. Por isso acho razoável insistir nas alterações legislativas referidas [criação no artigo 276.º de um regime de suspensão de contagem do prazo do inquérito quando estivessem em causa diligências a executar por terceiros, que não o Ministério Público ou os órgãos de polícia criminal, ou declaração da inaplicabilidade do regime à criminalidade organizada, em especial aos crimes económico-financeiros, à corrupção e à criminalidade transnacional], ou mesmo ponderar a simples eliminação do preceito por desnecessidade da solução que consagra, porque os objectivos que visa são, no fundo, conseguidos pelos regimes de levantamento do segredo e de acesso aos autos, com controlo judicial: artigos 86.º, n.º 5, e 89.º, n.ºs 1 e 2, do CPP”⁹.

Será assim?

Importa notar, antes de mais, que não se pode dizer que a solução do art. 89º, nº 6, do CPP tenha sido construída num contexto em que o Ministério Público decidia unilateralmente e sem controlo judicial do acesso ao processo. Para além de assim se fazer tábua rasa dos mais amplos horizontes em que ela se inscreve, como se dirá à frente, esquecem-se dois aspectos de máxima importância. Em primeiro lugar, esquece-se que, tanto no Anteprojecto, como no Proposta de Lei, a publicidade (externa) do processo dependia sempre da concordância do arguido – o que, naturalmente, diminuía assinalavelmente a necessidade de intervenção

⁹ «Publicidade e segredo na última revisão do Código de Processo Penal», in *Revista do CEJ*, nº 9 (2008), p. 32. A referência em parêntesis rectos corresponde à indicada pelo Tribunal Constitucional.



judicial para tutela do arguido, retirando relevância à ausência desta como argumento no presente contexto. Além disso, esquece-se que, ainda assim, em termos de jurisdicionalização, pelo menos a Proposta de Lei, já antecipava, no essencial, as soluções que vieram a vingar (cfr. arts. 86º, nº 4, e, sobretudo, para o que agora interessa, 89º, nº 2), não tendo, nesse aspecto, existido qualquer mudança sensível (e muito menos radical) com as alterações introduzidas no parlamento.

Além disso, bem vistas as coisas, a previsão ou ausência de controle jurisdicional não é relevante para o efeito. Só o seria se realmente se pudesse dizer que os objectivos da limitação do prazo do segredo interno já são, no fundo, conseguidos com o controlo judicial previsto nos regimes de levantamento do segredo e de acesso aos autos (arts. 86.º, n.º 5, e 89.º, n.ºs 1 e 2, do CPP). Não é isso, porém, que sucede. Estas intervenções judiciais – como quaisquer outras semelhantes – são garantias de legalidade dos actos praticados e, como tais, exigidas pela necessidade de, suscitando o contraditório, verificar se estão reunidos os pressupostos da sujeição a segredo (art. 86º, nº 2 e 3), da ulterior sujeição a publicidade (art. 86º, nº 5) ou do acesso aos autos antes do prazo máximo (art. 89º, nº 2). Ao contrário, o art. 89º, nº 6, não visa fazer face ao facto de o Ministério Público se opor sem fundamento ao acesso do arguido aos autos, impedindo esse acesso sem ter razão para isso (e, portanto, ilegalmente). Visa antes problema diverso: a excessiva limitação do direito de defesa do arguido derivada do arrastamento de uma investigação que corre contra ele, sem que lhe seja possibilitada, por não conhecer os elementos constantes dos autos, a participação plena no diálogo processual. Ora o facto de a lei prever a intervenção judicial para garantia da legalidade da limitação do acesso dos arguidos aos autos não obsta a que lhe marque um limite temporal. Pelo contrário, é perfeitamente congruente com essa marcação. Na verdade, uma postura consequente de cuidado com a restrição do direito de defesa



envolvida no segredo interno do processo exigirá a sua restrição ao mínimo possível, o que, por um lado, levará a assegurar que ela só surge quando realmente a situação o justifica (e a intervenção judicial é uma garantia de que assim é) e, por outro, a pôr-lhe limites temporais, por forma a evitar a sua persistência para além de um prazo razoável.

Por conseguinte, as alterações introduzidas na fase final dos trabalhos preparatórios em matéria de intervenção judicial quanto à questão do segredo de justiça não alteram nem diminuem minimamente o sentido e justificação da limitação do segredo de justiça relativamente ao arguido, estabelecida no art. 89º, nº 6, do CPP.

4.4. Aplicação analógica da restrição do art. 194º, nº 4, al. b), do CPP?

Da conclusão atingida resulta já que as alterações introduzidas na última fase dos trabalhos preparatórios não conduzem, de maneira alguma, numa interpretação conforme à Constituição, a uma restrição do art. 89º, nº 6, do CPP.

Mas é de acrescentar que, independentemente desta falha de base, a proposta no sentido da restrição do art. 89º, nº 6, por aplicação analógica da restrição do art. 194º, nº 4, al. b), também não pode aceitar-se.

Esta última disposição estabelece um limite ao direito à informação do arguido em caso de aplicação de medida de coacção. E o grande argumento esgrimido é o de que “se tal limite existe mesmo quando está em causa a prática de um acto profundamente limitador da liberdade do arguido, deveria valer igualmente quando existe a necessidade de tutelar



tais interesses sem que esteja em causa a aplicação de uma medida de coacção”¹⁰.

Ora, deixando completamente de lado as dúvidas de legitimidade constitucional que as normas do art. 194º, nºs 4, al. b), e 6, do CPP suscitam¹¹, o certo é que a analogia pressupõe, além do mais, uma cuidadosa identificação do exacto sentido e alcance da norma a aplicar analogicamente.

Para isso, no presente caso, são cruciais duas verificações simples. Por um lado, é evidente que a limitação que o art. 194º, nº 4, al. b), estabelece não tem aplicação quando o processo (concorde-se ou não) não está em segredo de justiça (externo), sendo antes público. Por outro lado, evidente é que também se, nos termos do art. 89º, nº 6 (interprete-se este como quer que seja), for aberto o acesso irrestrito do arguido aos autos, a limitação do direito à informação do arguido estabelecida naquela disposição deixa de fazer sentido.

Quer dizer, o art. 194º, nº 4, al. b), tal como outras disposições semelhantes (como o art. 141º, nº 4, ou o 194º, nº 6), pressupõem que o processo está em segredo relativamente ao arguido. Por isso, elas não têm o sentido de restringir um acesso aos autos a que o arguido teria, à partida, direito mas antes o de garantir, durante a fase em que o processo está sujeito a segredo externo e interno, um mínimo direito à informação do arguido. Mesmo nessas circunstâncias, a lei assegura um direito pleno à informação sobre os factos imputados (cfr. arts. 61º, nº 1, al. c), 141º, nº 4, al. c), 144º, nº 1, e 194º, nº 3, do CPP) e um direito à informação sobre os elementos que indiciam os factos imputados, muito embora limitando este último. De uma forma geral, a lei impõe a comunicação desses elementos se ela “não puser

¹⁰ COSTA PINTO, ob. e loc. cit., p. 37.

¹¹ Cfr., relativamente à jurisprudência constitucional em que tiveram origem, JOSÉ LOBO MOUTINHO, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 320.



em causa a investigação, não dificultar a descoberta da verdade nem criar perigo para a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas do crime” (arts. 141º, nº 4, al. d), e 144º, nº 1); caso seja aplicada medida de coacção ou de garantia patrimonial à excepção do termo de identidade e residência, impõe-na sempre que ela “não puser *gravemente* em causa a investigação, *impossibilitar* a descoberta da verdade ou criar perigo para a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas do crime” (art. 194º, nºs 4, al. c), e 6). Pode concordar-se ou não com a solução. Mas inequivocamente o seu sentido é o de garantir até onde possível o direito à informação do arguido nas situações em que o processo está sujeito a segredo de justiça. Carece, por isso, de qualquer base a tentativa hermenêutica de retirar destas disposições – cujo sentido último é impor limites inultrapassáveis ao segredo externo e interno do processo enquanto este vigora – argumentos no sentido de o alargar.

5. A limitação temporal do segredo interno do processo como garantia de defesa

5.1. O segredo de justiça em relação ao arguido como restrição do seu direito de defesa

Um discurso consistente sobre o art. 89º, nº 6, não pode omitir colocá-lo sobre o pano de fundo em que ele se recorta: o da posição que deve ser assegurada ao arguido no processo penal e, mais exactamente, na fase de inquérito.

E, sob este aspecto, não pode haver equívocos: não é o segredo, mas a participação do arguido no processo que assume a posição de princípio. Se o processo penal, na sua fase declarativa, tem como finalidade essencial o esclarecimento da dúvida social (surgida com a notícia do crime) sobre a prática



do crime e, desde que há arguido, sobre a sua prática pelo arguido, este deve, por princípio, ser chamado a participar activamente no diálogo processual. É isso – esse direito de defesa que deve considerar-se consagrado no artigo 32º, nº 1, da Constituição – que é “natural”; mais exactamente, é ele que é conatural a um processo penal que não degrade a pessoa do arguido a objecto do processo (e muito mais ainda a um processo de estrutura acusatória). O direito de defesa do arguido não se limita a alguns poderes dispersos do arguido para defesa da sua liberdade física e patrimonial posta em causa por providências de natureza cautelar: exprime, antes, o direito que ao arguido deve ser reconhecido desde o início, de participar no processo. E participar nele activamente. Assim, o arguido goza do direito a pronunciar-se sobre as imputações que lhe são feitas, de que são expressões paradigmáticas o carácter obrigatório do primeiro interrogatório (art. 272º do CPP) e o regime dos requerimentos memoriais e exposições do arguido (arts. 98º, nº 1, CPP). Goza, muito para além disso, do direito de intervir no inquérito, oferecendo provas e requerendo as diligências que se lhe afigurarem necessárias (art. 61º, nº 1, al. g)) e goza ainda do direito à presença e participação, de uma forma ou de outra, em determinadas diligências (como, por exemplo, e em princípio, as perícias: cfr. art. 150º, nº 3, do CPP). Este direito de defesa, para ser efectivo exige, porém, evidentemente, o conhecimento daquilo que há no processo contra ele, de modo a que ele tenha efectiva oportunidade de se pronunciar, de se defender, colaborando, se assim o entender, na descoberta da verdade.

Assim sendo, o segredo interno de justiça é já uma restrição do direito de defesa do arguido¹² para o efeito de assegurar a eficácia da investigação.

E, como restrição que é, está naturalmente sujeita a limites.

¹² GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso*, II, p. 26.



5.2. Os limites materiais do segredo relativamente ao arguido

Limites, antes de mais, materiais: “o segredo para com o arguido – escreve CAVALEIRO DE FERREIRA – é relativo”: “existe na medida e só na medida em que se mostre indispensável para o bom êxito das diligências probatórias e da própria finalidade do processo. É esse o seu fundamento e também o seu limite”¹³.

Não deixa, aliás, de ser sintomático que, nas ordens jurídicas que, em termos materiais, mais próximas estão da nossa e mais nos têm influenciado ao longo das últimas décadas, um princípio de segredo relativamente ao acesso do arguido ou, mais latamente, à defesa já não deixe hoje em dia sequer rasto na lei. Assim, o Código alemão estabelece que ao defensor é permitido examinar os autos que estejam ante o Tribunal ou que estivessem perante ele no caso de exercício da acção penal (§ 147, nº 1), sendo que, enquanto não estiver anotada nos autos a conclusão das investigações (que é necessariamente prévia à acusação: § 169a), pode-lhe ser negado, no todo ou em parte esse acesso ou o reconhecimento das coisas guardadas oficialmente, se isso puder pôr em perigo a finalidade da investigação (§ 147, nº 2) – o que, como a doutrina adverte, corresponde a um “perigo concreto” que “não se pressupõe”¹⁴. Por seu turno, quanto a Itália, mesmo antes da introdução da figura do encerramento da investigação (com o consequente acesso pleno do arguido aos autos: art. 415-bis), escrevia LUPO para dar conta da inovação introduzida pelo art. 329 do Código de 1988: “Já não há [...] segredo necessário da inteira fase (instrutória e pré-instrutória), mas pode haver segredo de singulares actos de investigação, não estendido temporalmente à inteira fase da investigação (*indagine preliminari*), mas em regra limitado em relação à duração dessa fase: um

¹³ *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa, Danúbio, 1986, p. 135.

¹⁴ Cfr., com mais indicações, MEYER-GOßNER, *Strafprozessordnung*, 47ª ed., München, C. H. Beck, 2004, § 147, nº 24, p. 580.



segredo, portanto, específico (sobre o acto singular), eventual (no sentido de que a ele estão subtraídos determinados tipos de actos de investigação) e normalmente limitado no tempo”¹⁵.

5.3. Os limites temporais do segredo relativamente ao arguido como garantia de defesa

Os limites materiais não são, porém, os únicos limites impostos pelo princípio da proporcionalidade à restrição do direito de defesa do arguido.

A possibilidade de uma restrição do direito de defesa ilimitada no tempo ou tendo um arco temporal excessivo e desrazoável configura igualmente uma violação da proporcionalidade até na medida em que traduz, já não uma verdadeira solução de compromisso, mas uma supremacia absoluta das necessidades de investigação com concomitante anulação do direito de defesa do arguido durante o inquérito. Na realidade, se bem se reparar, o condicionamento do acesso aos autos no fim do prazo legalmente demarcado às necessidades da investigação faz desaparecer a limitação temporal do segredo: no fim do prazo, tal e qual como antes dele (cfr. art. 89º, nº 1, *in fine*, do CPP), o acesso do arguido aos autos é subordinado à condição de não perturbar a investigação. E, em resumo, exprime este juízo: durante o inquérito, a ponderação entre os dois bens envolvidos – direito de defesa, por um lado, e necessidades da investigação, por outro – é sempre e em qualquer circunstância decidida a favor de um só deles (necessidades de investigação).

Tem por isso razão o Cons. BENJAMIM RODRIGUES quando, atribuindo esse sentido ao Acórdão em análise, afirma que por ele se concede “uma protecção *máxima* (de tipo absoluto) ao princípio da investigação criminal

¹⁵ Cfr. AA. VV., *Commento al nuovo Codice di Procedura Penale*, ed. M. CHIAVARO, Torino, UTET, IV, 1990, art. 329, nº 1, p. 36. Sobre os limites da fase das *indagine preliminare* vd. o que se diz *infra*.



durante a fase de inquérito, com detrimento da eficácia e eficiência da garantia constitucional de que o processo criminal assegura (no tempo adequado) todas as garantias de defesa ao arguido (art.º 32.º, n.º 1, da CRP), sendo que a solução agora censurada encontra a sua razão de ser na opção do legislador ordinário pela eficácia desta última garantia, decorridas que se mostram a duração máxima legal do inquérito, definida na lei e dentro dos termos que lhe são constitucionalmente permitidos, e ainda a prorrogação de tempo de segredo prevista no preceito”.

Só a existência de limites temporais razoáveis ao segredo interno de justiça perante o arguido e à restrição que ela envolve no seu direito de defesa logra conferir a este uma consistência mínima na sua ponderação com as necessidades da investigação, não o subordinando totalmente a estas. A existência de limites temporais razoáveis para o segredo de justiça em relação ao arguido constitui, por isso, inequivocamente uma garantia essencial da defesa que se conta entre “todas as garantias de defesa” asseguradas pelo processo criminal, de acordo com o art. 32º, nº 1, da Constituição.

5.4. Os limites temporais do segredo perante o arguido e a estruturação da fase preparatória do processo

I. A limitação do horizonte de reflexão ao Código de Processo Penal de 1987, levando insensivelmente a ver na solução por ele dada como que um equilíbrio natural, pode, neste ponto, trair a análise.

Na realidade, o problema subjacente conta-se entre as questões estruturantes da fase preparatória do processo, ou seja, da fase anterior à introdução do feito em julgamento. E a limitação temporal do segredo de justiça relativamente ao arguido “não nasceu ontem”, ao sabor de casuais e volúveis equilíbrios conjunturais.



II. No quadro da legislação anterior ao Código de 1987, e, mais exactamente, da ampla reforma introduzida pelo Decreto-Lei nº 35.007, de 13 de Outubro de 1945, a fase preparatória do processo, então designada genericamente como “instrução”, estruturava-se em instrução preparatória (que, sob a forma inquisitória e, em princípio, secreta, estava a cargo do Ministério Público) e instrução contraditória (a cargo de um juiz). E escrevia em 1958 CAVALEIRO DE FERREIRA, autor material do referido diploma, enquanto Ministro da Justiça: “a instrução preparatória deve efectivar-se em prazos que a lei marca. Após o decurso desses prazos, e por isso que a instrução contraditória tem os mesmos fins e se efectiva sob a égide de um juiz em forma contraditória, o Ministério Público deverá solicitar a continuação das diligências probatórias ao tribunal, mas não é em princípio autorizado a prolongar indefinidamente essa instrução preparatória. Dessa forma poderiam eternizar-se os processos crimes numa fase não judicial”¹⁶.

A identidade de finalidade entre instrução preparatória e instrução contraditória (que, designadamente, explicava que nos processos por crimes mais graves – ou seja, nos processos de querela – a instrução contraditória fosse obrigatória) dava, sem dúvida, um cunho particular ao sistema. Mas, no aspecto que agora interessa, o espírito que o animava não podia ser mais claro. “A ideia subjacente à legislação anterior, a partir do DL 35.007, era a de que a investigação inquisitória se devia limitar ao tempo estritamente indispensável para comprovar a existência de um crime e identificar o presumível suspeito, mas que tão cedo quanto possível, num curto prazo a partir do momento em que a investigação fosse dirigida contra pessoa determinada – de constituição de arguido no processo – devia permitir-se a intervenção activa da defesa,

¹⁶ *Curso de Processo Penal*, III, Lisboa, 1958, reimpr., Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 1981, p. 151.



devendo assumir então forma contraditória e ser dirigida por um juiz”¹⁷. Assim, sendo, o sentido último do prazo de instrução preparatória era o de um prazo findo o qual “a instrução só pode continuar como contraditória”¹⁸ e perante um juiz. Era, por isso, um limite à restrição da participação do arguido derivada da estrutura inquisitória e secreta da instrução preparatória. Daí o seu carácter “improrrogável”, “peremptório”¹⁹. E daí também a sua natureza última e também a sua relevância: “o prazo improrrogável de instrução, que não seja contraditória, constitui uma garantia de defesa”²⁰.

III. A reestruturação da fase de instrução judicial nos trabalhos preparatórios do novo Código de Processo Penal manteve essencialmente no inquérito o essencial da estrutura da antiga fase da instrução preparatória. Mas, por força das dificuldades de correlação entre Ministério Público e Juiz de Instrução, atribuiu à instrução um cunho (pelo menos também) impugnativo. Esta alteração impediu, naturalmente, a manutenção do regime anterior. Mas não implicou a supressão da garantia representada pelos prazos de inquérito.

No Projecto apresentado pela Comissão presidida por FIGUEIREDO DIAS e publicado em 1986, ela resultava indirectamente do regime proposto para o arquivamento e era, além disso, garantida por específico meio processual. Na verdade, o art. 277º estabelecia, no nº 1: “o Ministério Público procede, por despacho, ao arquivamento do inquérito, logo que tiver recolhido prova

¹⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do processo penal preliminar*, Lisboa, 1990, p. 180. Vd. também CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso*, II, 1986, pp. 133.

¹⁸ Como viria a dizer expressamente o art. 337º, § 1º, do CPP de 1929, na redacção dada pelo Dec.-Lei nº 185/72, de 31 de Maio, também ele, aliás, da autoria material de CAVALEIRO DE FERREIRA. Sobre a situação da questão já perante os textos legislativos então introduzidos, vd. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso*, II, 1986, pp. 136 ss.

¹⁹ CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso*, II, 1986, pp. 136-137.

²⁰ CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso*, II, 1986, p. 138.



bastante de se não ter verificado crime, de o arguido não o ter praticado a qualquer título ou de ser legalmente inadmissível o procedimento. Mas acrescentava no nº 2: “o inquérito é igualmente arquivado se, chegado o termo do prazo para a sua realização, não tiver sido possível ao Ministério Público obter indícios suficientes da verificação de crime ou de quem foram os agentes”. Quer dizer, terminado o prazo de inquérito, teria este de ser encerrado; a diferença estava, porém, em que, não havendo indícios suficientes, dado o carácter também impugnativo da instrução, não se previa a possibilidade de passagem a instrução, mas apenas a do encerramento do inquérito. E o instituto da aceleração processual estava gizado de forma a forçar ao respeito pela garantia do prazo de inquérito, pois que estabelecia que o Procurador-Geral da República, ao deferir o pedido, devia determinar concretamente as diligências que deviam ser realizadas, quem as devia realizar e em que prazo (art. 109º, nº 5, al. d)).

IV. A lei de autorização legislativa ainda espelhava este sistema, uma vez que apontava como sentido e extensão da autorização, a “obrigação do Ministério Público de tomar a decisão de acusação ou não acusação no prazo máximo de doze meses a contar do momento da aquisição do estatuto de arguido, ou em prazo mais curto derivado da exigência de não exceder o prazo da prisão preventiva” e, por outro lado, a “consagração de um incidente destinado a compelir à aceleração do processo ou à realização do julgamento, tendo em vista os prazos máximos previstos na lei, sendo decidido pelo procurador-geral da República se o processo estiver sob a direcção do Ministério Público” (art. 2º, nº 2, als. 51) e 21), da Lei nº 43/86, de 26 de Setembro, respectivamente).

No entanto, incompreensivelmente, estas soluções desapareceriam na fase final dos trabalhos preparatórios do Código. No nº 2 do art. 277º, foi eliminado o inciso «chegado o termo do prazo para a sua realização» e o



deferimento do pedido de aceleração processual desmaiou, mesmo relativamente ao inquérito (onde não se colocavam os problemas derivados da surpreendente opção de fazer intervir o Conselho Superior da Magistratura), numa vaga medida de gestão, sem efeitos no processo: “propor ou determinar as medidas disciplinares, de gestão, de organização ou de racionalização de métodos que a situação justificar” (art. 109º, nº 5, al. d)).

V. O insatisfatório da situação não deixaria de ser assinalado, tendo dado origem à defesa do direito de acesso aos autos pelo arguido e pelo assistente no termo do prazo legal do inquérito. Nesse sentido se pronunciou sucessivamente GERMANO MARQUES DA SILVA²¹, em proposta que pessoalmente sempre acompanhei e que apresenta a vantagem de ser estruturalmente já compromissória, relativamente à proposta pelo Projecto de 1986 e, mais ainda, relativamente à solução de 1945: a investigação pode continuar e ainda como inquérito (ou seja, sob a direcção do Ministério Público e, em termos de estrutura dos actos, em forma inquisitória); no entanto, tem de se admitir ao arguido o acesso aos autos, de forma a pôr termo a uma compressão do seu direito de defesa cuja manutenção deixou de ser razoável.

A proposta não logrou singrar no âmbito da reforma de 1998, mas é inegável, perante a evolução que fica descrita, que a sua consagração em 2007, ainda por cima, temperada pela possibilidade de uma ampla prorrogação (que, em certos casos, pode ser duplicada) de modo algum pode ser qualificada como uma inovação leviana apenas explicável por um acesso simplista e irresponsável de fundamentalismo garantístico. É, antes, e pelo contrário, a expressão duma exigência perene de redução a parâmetros de proporcionalidade da restrição do direito de defesa envolvida pelo segredo interno. Nessa exacta medida, é uma garantia de defesa do arguido da qual

²¹ *Curso de Processo Penal*, III, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 1994, p. 87, n. 1; 2ª ed., 2000, p. 92, n. 4.



depende, na realidade dos actos e não só nas palavras vãs das proclamações, o modo como este é visto e tratado durante a fase crucial do inquérito. E, como escreveu insuperavelmente FIGUEIREDO DIAS, “diz-me como trataas o arguido e dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu”²².

6. O problema da adequação dos prazos estabelecidos para acesso do arguido aos autos

O problema que se pode levantar é, não o da supressão do limite temporal do segredo interno, mas antes o da adequação dos prazos hoje legalmente estabelecidos para o acesso do arguido aos autos, como forma de equilíbrio entre as exigências de defesa do arguido e de eficácia da investigação.

Trata-se de questão que, em abstracto, está longe de ser de fácil resolução e, até, de fácil colocação, perante a multiplicidade e diversidade dos factores a ter em conta, que vão desde a gravidade do crime e correlativo prazo de prescrição do procedimento criminal até a aspectos de pura organização judiciária. Talvez por isso, uma discussão aprofundada do tema se encontre basicamente por fazer.

Na impossibilidade de a ensaiar neste lugar, sempre valerá a pena, até para evitar cair em ilusórias argumentações *ad terrorem*, referir que, relativamente às situações que, à partida, parecem razoavelmente poder suscitar dúvidas sob esse aspecto – as de processamento conjunto de uma pluralidade de crimes do mesmo agente e, sobretudo, de vários agentes – estão já hoje acautelados os mecanismos para evitar problemas de maior.

É de salientar, sob esse aspecto, o cuidado que revelam logo os prazos estabelecidos. Por um lado, a excepcional complexidade – na qual são de ponderar, nomeadamente o número de arguidos e ofendidos e o carácter

²² *Direito Processual Penal*, I, Coimbra, Coimbra Edit., 1974, p. 428.



altamente organizado do crime (cfr. art. 215º, nº 3 do CPP) – determina a elevação dos prazos de inquérito (cfr. art. 276º, nº 2, do CPP). Por outro lado, para além da flexibilidade introduzida logo pela possibilidade geral de prorrogação do acesso aos autos por um período máximo de três meses (art. 89º, nº 6, I parte), como se viu, na ponta final dos trabalhos preparatórios da revisão de 2007 foi introduzida uma outra possibilidade de prorrogação por um máximo de mais três meses para os casos de terrorismo, criminalidade violenta e altamente organizada (art. 89º, nº 6, II parte). Por força da conjugação de ambas, o prazo máximo mais elevado (12 meses) pode ser acrescido nada mais nada menos do que em metade (6 meses).

Além disso, e sobretudo, importa não perder de vista que o regime da conexão processual de crimes no novo Código foi, desde o início, marcado por uma particular consciência do problema dos *processos-monstros* que, nas décadas anteriores, tinham feito, um pouco por toda a Europa, a sua entrada triunfal em cena, com o seu longo cortejo de disfunções jurídico-processuais²³.

Assim, na *Exposição de Motivos* que acompanhou a proposta de lei de autorização legislativa para a aprovação do novo Código, apesar de se partir do “princípio do julgamento conjunto dos crimes conexos – em homenagem aos valores da celeridade processual e do mais rigoroso e esgotante apuramento de responsabilidades” – não se hesitava em qualificar como “difícil” a opção entre ele e a separação de processos “pois que, relativamente aos processos denominados monstruosos, nem sempre é líquido se a vantagem do conhecimento conjunto de todos os crimes compensa o risco do protelamento da decisão final ou da eventualidade de atentados à segurança dos participantes, quando não da própria fuga dos arguidos”.

²³ Cfr. JOSÉ LOBO MOUTINHO, *A competência por conexão no novo Código de Processo Penal*, Lisboa, UCP, 1992, pp. 27 ss.



Terá sido essa a razão essencial para as duas características mais marcantes da nova regulamentação da matéria, a saber: o redimensionamento da conexão subjectiva (que, num momento inicial, chegou a desaparecer, visto que se exigiu a verificação de conexões objectivas entre os crimes do mesmo agente para estes serem processados conjuntamente) e a abertura geral à separação de processos, bem expressa nos termos amplos e abertos do artigo 30º do Código.

Assim sendo, não é legítimo usar o alargamento dos prazos de acesso do arguido aos autos como forma de lidar com os processos monstros²⁴. Aliás, isso só seria eficazmente alcançado prescindindo dos prazos. E não é por acaso. Os processos monstros são monstros processuais. Por mais sensacionais que possam ser (e alguém lhes chamou justamente *processos-sensação*), a sua organização torna praticamente impossível seguir a ordem jurídico-processual legítima estabelecida para cada crime de cada agente. Com a dupla agravante de que, por um lado, embaraçam extraordinariamente o trabalho de quantos têm de neles desempenhar funções, pelo desmedido tempo e esforço que a sua indomável complexidade requer, e, por outro, apresentam muitas vezes

²⁴ Talvez por isso, na Itália, apesar dos problemas de terrorismo e de criminalidade organizada que levaram a uma completa reformulação do regime da conexão processual de crimes, o novo Código estabeleceu limites máximos de duração das *indagine preliminari* que variam entre os 18 meses e os 2 anos, mas acarretam a inutilizabilidade dos actos praticados após esse limite (art. 407). E o Tribunal Constitucional recusou, desde o início, a inconstitucionalidade do regime estabelecido, atendendo à “dúplice exigência a que correspondem os limites cronológicos da fase de investigação (*indagine preliminari*), traduzida na necessidade de imprimir tempestividade às investigações e de conter num lapso de tempo predeterminado a condição de quem é sujeito a tal investigação (*indagine*)” (sentença nº 174 de 15 de Abril de 1992, em orientação sempre reafirmada). Ulteriormente, a Lei nº 479/99, de 18 de Dezembro, obrigou a que, antes do final do referido prazo, a pessoa sujeita a investigação seja avisada do respectivo termo, a fim de prover à sua defesa antes da decisão sobre a promoção do julgamento, o que implica o depósito dos autos na secretaria do Ministério Público, para consulta (art. 415-*bis*).

resultados de uma magreza frustrante, por entre prescrições do procedimento e absolvições por falta de prova em audiência.

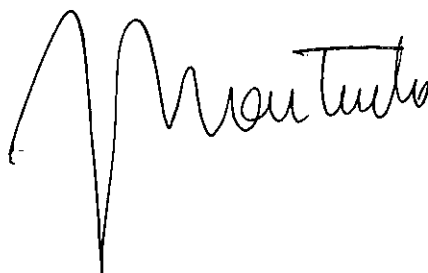
A única forma de lidar com os processos monstruosos é evitá-los.

Isso pressupõe a exacta consciência de que o processo penal tem como fim resolver a dúvida socialmente existente acerca da prática de um crime (que é um facto pessoal concreto de uma pessoa concreta) e da consequente responsabilidade pessoal do seu agente – e não proceder a uma reconstrução sociológica de um tipo real ou suposto de criminalidade ou de agente.

E exige, por outro lado, uma ponderada avaliação da existência de conexão entre os crimes, eventualmente, uma prudente (isto é, atempada e diligente) separação de processos e, em qualquer caso, a promoção efectiva dos processos separados.

Como advertia o nosso PE. ANTÓNIO VIEIRA, “quem levanta muita caça e não segue nenhuma não é muito que se recolha com as mãos vazias”²⁵.

Lisboa, 30 de Setembro de 2008



²⁵ «Sermão da sexagésima. Pregado na Capela Real, no ano de 1655. *Semen est verbum Dei*. S. Lucas, VIII, 11», in PE. ANTÓNIO VIEIRA, *Obras Escolhidas*, Volume XI, *Sermões (II)*, Lisboa, Livraria Sá da Costa, 1954, VI, p. 226, ll. 22-24.